

Actio liberae in causa

Beatriz Cuervo Criales*

Fecha de recepción: 15 de abril de 2013

Fecha de aceptación: 30 de mayo 30 de 2013

Resumen

El presente trabajo examina las diferentes posiciones de la doctrina y la legislación, y refleja los aspectos relacionados con la dogmática, la política criminal, las escuelas de derecho, en el marco de la “*Actio liberae in causa*”. Se apoya en el mantenimiento de nuestra posición en relación con la criminalidad, la ilegalidad y la culpa, lejos de la concepción peligrosa de la escuela positiva de derecho que es la base esencial de esta institución.

Palabras claves: Acción libera in causa

Abstract

Our paper examines these different positions of the doctrine and legislation, and does reflect the aspects related to dogmatics, the criminal policy, schools of law, in connection with the release “*Actio liberae in causa*”, leaning on maintaining our position conception of dogma in relation to criminality, illegality and guilt, away from the dangerous design of the positive school of law.

Key words: Dogmatics, criminal policy, criminality, illegality.

* Investigadora Fundación Fabbecor ong

1. Introducción

El derecho penal como sistema normativo que describe las conductas que pueden vulnerar bienes jurídicos protegidos por el Estado, ha creado los mecanismos para la protección de estos derechos; pero también ha determinado los mecanismos que permiten dar seguridad jurídica a la sociedad en general.

Es por ello, que el Estado busca su protección, pero dentro de unos límites que no excedan el ejercicio del *jus puniendi* y busca equilibrio entre la coexistencia pacífica de la sociedad, como límite del derecho a la libertad de todos los ciudadanos, y la no-trasgresión de los derechos fundamentales de aquellos que atentan contra esa tranquilidad, infringiendo el ordenamiento penal; razón por la cual el Estado debe actuar garantizando los derechos de unos y otros, lo cual se logra en el ámbito del derecho penal mediante diferentes mecanismos, tales como la dogmática, la política criminal, la jurisprudencia, etc, coherentes con los principios esenciales y garantías constitucionales.

En virtud de esto, entramos a analizar la institución jurídica denominada "*actio libera in causa*", haciendo una descripción de la misma y analizando algunas de las teorías más frecuentes que la doctrina ha acogido para implementarla en los diferentes sistemas normativos.

Entre las diferentes posiciones planteadas se han encontrado algunas contradictorias, pero que en términos generales se pueden resumir en: las tesis que consideran que el elemento idóneo de la *actio libera in causa* es cualquier elemento de la teoría del delito; las que restringen el ámbito de aplicación de *actio libera in causa* a la provocación de la ausencia de acción y a la inimputabilidad total; las que

entienden que esta figura solo comprende a la provocación dolosa de la inimputabilidad; las que determinan que es factible aplicar *el actio libera in causa* a la omisión; y las que no están de acuerdo con esta institución.

Nuestro trabajo analiza estas diferentes posiciones de la doctrina y de la legislación y hace una reflexión sobre los aspectos referentes a la Dogmática, a la política criminal, a las escuelas del derecho, en relación con la *actio libera in causa*, inclinando nuestra posición en mantener la concepción de la dogmática en relación con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, alejándonos de la concepción peligrosista de la escuela positiva del derecho y propugnando por el principio de culpabilidad cuya esencia es el derecho penal de acto.

2. *Actio liberae in causa* (Alic)

2.1. Consideraciones previas

El derecho penal es un instrumento jurídico creado y aplicado por el Estado para intentar que los individuos no lleven a cabo determinadas conductas y comportamientos descritos en la ley. Para cumplir con esta función, las normas penales describen estos comportamientos y amenazan su puesta en práctica con una pena, por lo que estas normas describen comportamientos a evitar.

Igualmente se deriva de estas conductas la voluntariedad que hace parte de la culpabilidad y es allí donde se determinan los elementos subjetivos o anímicos, de tal suerte que el dolo y la culpa se conciben como formas de culpabilidad.

Según Muñoz Conde² La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber realizado una conducta típica y antijurídica se le llama imputabilidad o, más modernamente capacidad de culpabilidad.

Cuando la persona carece de facultades por falta de madurez, por sufrir alteraciones psíquicas no puede ser declarado culpable y en consecuencia carece de responsabilidad penal por más que sus actos sean típicos o antijurídicos.

La imputabilidad como tal, limita la responsabilidad penal a aquéllas personas que tienen la capacidad para comprender la ilicitud de sus actuaciones, es decir, la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo. Cuando falta esta capacidad no se actúa libremente y por consiguiente no puede ser culpable de lo que hace, ya que hay ausencia de conocimiento, de voluntad o de ambas. Se parte de que la culpabilidad supone la existencia de la libertad de voluntad, ya que a una persona solo se puede reprochar el haberse decidido por el injusto y en contra del derecho cuando esa persona actúa libremente³.

La cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable, se refiere al momento mismo de la comisión del hecho. *La actio libera in causa*, constituye

una excepción a este principio, pues considera imputable al sujeto que en el momento de realizar la conducta no lo era, pero si lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.

La imputabilidad en este caso, va referida a la acción referente a la acción típica y es esta acción precedente la que fundamenta la exigencia de responsabilidad. Se presenta entonces la dificultad de imputar hechos producidos en estado de inimputabilidad, lo que ha generado que la mayoría de legislaciones penales condenen expresamente al que dolosa o culposamente se pone en situación de inimputabilidad y en dicha situación comete un delito.

Si la situación de no imputabilidad se ha provocado dolosa o culposamente pero no con el propósito de delinquir no habrá obstáculo legal para preciar la respectiva causa de inimputabilidad o imputabilidad disminuida atenuante, aunque en este caso podría constituirse la conducta por imprudencia por el hecho cometido en estado de inimputabilidad, frecuente en los delitos de comisión por omisión.

2.2. Concepto y antecedentes

Actio Libera in Causa". "Se llama también *actio ad libertatem relata* y guarda relación con un estado de supuesta inimputabilidad del autor de un hecho delictivo. El ejemplo típico es la comisión del mismo en estado de embriaguez al cual se ha podido llegar de manera involuntaria o de manera voluntaria pero ajena a todo propósito delictivo preordenado; o como medio de lograr la decisión necesaria para realizar el delito y ampararse en una causal de inimputabilidad originada en el precitado estado de embriaguez. La Doctrina más generalizada se inclina ha-

2 MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Segunda Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 1999. Página 107.

3 ROXIN, Claus. Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Edita: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1981. Página 57

cia la imputabilidad del agente en el último de los supuestos mencionados. Puede, pues, definirse las "*actione liberae in causa*" como los actos u omisiones delictivos que se ejecutan mientras el autor se encuentra en estado de inimputabilidad, provocado voluntaria o culpablemente, y que ha sido causa de aquéllas. Si bien en un principio el caso estaba referido a los estados de alcoholismo, luego se ha extendido a otras situaciones similares; como la utilización de drogas, la sugestión hipnótica y el sonambulismo⁴

Las *acciones liberae in causa*, o acciones libres en la causa, o sea referentes a la libertad, son aquellas acciones en que el sujeto decide colocarse en inimputabilidad para realizar la conducta libremente querida pero ejecutada inconscientemente o subconscientemente como ocurre en el sueño común y en el alcohólico, en el sonambulismo, la sugestión y la embriaguez. Es así, como en los ordenamientos penales se ha considerado que el sujeto es responsable penalmente por el dolo o la culpa en que se hallare respecto de la realización de la conducta en el momento de colocarse en tal situación.

Los canonistas clásicos influenciados por San Agustín consideraron que no existe pecado si este no es voluntario y a partir de aquí, equiparando pecado a delito y distinguieron de la embriaguez voluntaria a la involuntaria, por lo que San Agustín consideraba que el hecho de embriagarse, constituía el acto voluntario que resultaba causa de la posterior conducta del sujeto. Esta doctrina fue recogida por los teólogos de la edad media. Los padres Agustín y Santo Tomas, castigaban la embriaguez misma pero no el hecho cometido en ese estado; la embriaguez como tal, era punible".

Los teóricos clásicos⁵, platearon diferentes posiciones doctrinales. Feuerbach por ejemplo sostiene la necesidad de punir la *actio libera in causa* cuando la acción se realiza tanto en forma dolosa como culposa; Vont Lizt dice que lo fundamental es el curso causal donde se encuentra presente la capacidad de imputabilidad; Beling considera que la *actio libera in causa* no tiene excepción alguna a los principios generales de la acción por la que el sujeto se coloca en estado de inimputabilidad lo que es causa de la posterior acción típica; Binding es partidario de tomar la capacidad de imputabilidad en el momento de la acción por lo que le resultaba indiferente el instante en que ocurría el resultado; Luden imputaba la acción realizada en estado de inimputabilidad, por lo que la culpabilidad fuera dolosa o culposa debía darse en el momento de la provocación, es decir estando en capacidad de culpabilidad; Carrara consideraba que en caso de ebriedad voluntaria la responsabilidad del agente ha de ser culposa en tanto exista la respectiva figura, pero cuando es preordenada corresponde la punición de la acción a título de delito doloso.

Carrara⁶, considera que "*Si la embriaguez fue provocada voluntariamente o por imprudencia reprochable podrán encontrarse en estos, los elementos de la culpa, pero no podrá surgir el dolo en la acción posterior que no este acompañada de voluntad inteligente*" "*Si la embriaguez fue preordenada al delito, o, como se dice, estudiada, con razón podrá castigarse al culpable por lo que realizo en estado mental sano, cuando con lucida previsión y firme voluntad, se convirtió a si mismo en futuro instrumento del delito a que tendía. La imputación*

4 OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L, República de Argentina. 1981. Página 28

5 BELLATI, Carlos Alberto. Inimputabilidad provocada por el Agente. La Doctrina de la Actio Libera in Causa. Julio de 2000

6 CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General, Volumen I, pagina 234. Editorial Temis S.A. Bogota. 1988

suya se hace radicar en tal instante; lo que ocurre después es consecuencia de un acto doloso; no se imputa lo que hizo el ebrio, sino lo que hizo el hombre en sus cabales, al cual, como causa única, le es atribuible el delito"

Originalmente, la preordenación culpable del sujeto hacia su propia situación de inimputabilidad se tuvo en cuenta solo para castigar al embriagado. Pero esta doctrina no se mantuvo mucho tiempo. Ricardo C Núñez⁷, recoge algunas objeciones: la de Tissot, Garraud, Ortoland y Bernard, dirigidas a la negación de la punibilidad con el argumento de que el dolo debe concurrir en el momento consumativo, lo cual es imposible estando consiente el sujeto. La de Brussa, Pessina y Berner, quienes alegaron la irrealidad de que en plena inconciencia pudiera realizarse el propósito anterior y agregaron que la infracción en ese estado debía atribuirse a la causalidad o a una pura combinación psicológica, pero jamás a una relación imputable. La de Kleinswchrod y Katzenstein, quienes observaron que el solo propósito no constituye ni siquiera tentativa y negaron que de ese modo pudiera integrarse el elemento subjetivo del delito.

Finalmente, autores como Rudolf. Held y Weiss, negaron la represión a título de culpa cuando el hecho se cometió bajo el estímulo de la embriaguez imprudentemente adquirida, porque al que está en inconciencia, no se le puede exigir una conducta sensata y diligente.

Las causas de inimputabilidad libremente buscadas y aplicadas se han proliferado de tal suerte, que Rodolfo Venditti⁸ ve un peligro

para la estabilidad jurídica y el comienzo de un abuso que debe ser evitado. Se acepta comúnmente que la situación irregular no proviene solo del alcohol, sino causas de otra naturaleza: dolosa y culposa provocadas por el infractor como la coacción física, moral o psicológica.

La coacción física como en este ejemplo de Massari, citado por Nuñez,

"Si alguien quiere delinquir y, para vencer sus dudas y escrúpulos se hace atar a un árbol o se deja encerrar en un camarote y, en el momento en que debería realizar un actividad y señalar, verbigracia, el trenque llega, el disco cerrado hace inútiles esfuerzos para liberarse, e ir a hacer la señal que habría evitado el accidente, responde con arreglo a la teoría de la actio liberae in causa"

La coacción moral como en este caso,

"si uno posee un documento falso del que quiera hacer uso y para preconstituirse una excusa, provoca un escándalo haciendo saber que tiene en su poder un documento revelador, de modo que induzca a la autoridad a proveer de oficio al secuestro del documento, esta coacción, artificioamente provocada, no salva al culpable de las acciones del uso del documento falso, porque aún obrando bajo coacción en el momento de exhibirlo, él ocasiona libre y voluntariamente éste efecto"

Mezguer⁹ trae otro caso: La madre que conociendo su sueño inquieto y pesado coloca a su hijo junto a sí en su lecho y lo ahoga.

Según Núñez, Ottorino Vannini, extiende la teoría a casos en los cuales un acto libre y voluntario haya sido causa del hecho ejecutado

7 NUÑEZ, Ricardo C. Actio Liberae in causa, en "Enciclopedia Jurídica Omeba" T. I, Buenos Aires 1954, páginas 317 y ss.

8 VENDITTI, Rodolfo. Actio liberae in causa. "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè, editore, 1958 páginas 533 y ss

9 MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Madrid, Edit Revista de Derecho Privado. Tomo II, 1946. páginas 39, 41, 60 y 61.

por una persona en condiciones de inimputabilidad, de inculpabilidad o de ilicitud. *De inimputabilidad*: quien coloca el aparato mortal y luego se incapacita para obrar; *inculpabilidad*: el que cree erróneamente haber matado por golpes a una persona y la arroja al río para ocultar el cadáver donde muere por ahogamiento, de manera que el autor imputable, no sabe que arroja al agua a una persona viva; *ilicitud*: el caso del que provoca un estado de necesidad o legítima defensa.

La praxis judicial, e incluso la doctrina en aquéllos países en que la especial previsión no existe, ha dado lugar a las más contradictorias soluciones desde la absolución de quien en el momento del hecho se halla en completo estado de ebriedad, intencional o imprudentemente provocada, a la mera atenuación de la pena e incluso a la plena responsabilidad, como si el estado de grave perturbación de la conciencia al momento de la comisión del delito fuera inexistente.

La dudosa exactitud generalizada de tales soluciones y la urgencia de evitar sobre todo la última, que haciendo tabla rasa del principio de *nullum crime sine culpa* castiga el mero hecho de embriagarse si en tal caso el agente comete una acción u omisión típicamente antijurídica, dejando de lado y resolviendo mal los problemas de su imputabilidad y culpabilidad, constituyen fundamento subyacente de responsabilidad objetiva; peligrosidad; defensa social; presunción de responsabilidad del carácter, entre otras.

Aquello de las relaciones análogas a la embriaguez se extiende correctamente a las producidas por drogas o las que se derivan del sonambulismo o hipnosis, todas ellas correspondientes al trastorno mental.

3. Diferentes posturas doctrinales.

La Doctrina se ha dividido en varias posiciones distintas respecto de la Actio libera in causa: la tesis que considera que el elemento idóneo de la Actio libera in causa es cualquier elemento de la teoría del delito; las que restringen el ámbito de aplicación de Actio libera in causa a la provocación de la ausencia de acción y a la inimputabilidad total; las que entienden que esta figura solo comprende a la provocación dolosa de la inimputabilidad; y las que determinan que es factible aplicar el Actio libera in causa a la omisión.

Maurach¹⁰ considera que la aplicación de Actio libera in causa puede serlo todo elemento del delito. Es decir, que además de la provocación de la inimputabilidad se aplica a la ausencia de la conciencia de la antijuridicidad, a la provocación de la legítima defensa, del estado de necesidad, de la ausencia de acción, y del dolo y la culpa.

Por el contrario, para Hruschka este principio solo puede aplicarse a los casos de provocación dolosa de la propia inimputabilidad, siempre que ésta se excluya totalmente. Para este autor, Actio libera in causa designa el estado defectuoso bajo el cual tiene lugar la lesión del bien jurídico. El estudio de este instituto solo tiene sentido cuando se parte de que el hombre es libre.

Ujala Joshi Juber rechaza la tesis de Hruschka respecto de la cual la provocación de ausencia de acción no es un caso de Actio libera in causa. Parte inicialmente de que el sujeto provoca dolosa o imprudentemente una situación defectuosa por incapacidad de

10 JOSHI JUBERT, Ujala. La Doctrina de la "Actio libera in Causa". Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. J.M Bosch Editores S.A.. 1992. Barcelona - España

culpabilidad o por incapacidad de acción y el sujeto ataca en ese estado el bien jurídico.

Este autor considera que la provocación de la ausencia de acción es objeto idóneo de la Actio libera in causa¹¹; que la provocación de una causa de exculpación, e igualmente de un error sobre una causa de exculpación puede tener estructura de Actio libera in causa; que la provocación de los presupuestos de una causa de justificación puede tener estructura de Actio libera in causa.

Se presentan entonces dos situaciones: quienes consideran que el Actio libera in causa tiene un ámbito de aplicación amplio, plantean el modelo de injusto típico, esto es, la imputación de la acción de provocación. Quienes restringen la Actio libera in causa a la provocación de la inimputabilidad e incluyen la provocación de ausencia de acción consideran que el Actio libera in causa significa imputar la acción defectuosa.

Por lo tanto para Joshi Jubert, el ámbito de aplicación de Actio libera in causa debe estar presente en toda la teoría del delito.

Santiago Mir Puig¹², considera que la doctrina de la actio libera in causa conduce a imputar la lesión a la conducta precedente. Si bien no se obedece de forma inmediata a un comportamiento humano, es "libre" en su causa o, mas precisamente, ha sido causado por una conducta humana anterior a la cual puede atribuirse jurídico penalmente.

4. Ámbito de aplicación

Con la Actio libera in causa, se busca resolver las situaciones en que una persona ha realizado una conducta antijurídica en estado de ausencia de libertad por un estado previamente determinado.

En principio hay consenso en que en que esta institución es aplicable a los casos de incapacidad de culpabilidad, es decir aquellos en que el sujeto no es culpable en el momento de la comisión del hecho, ya que en principio actúa sin libertad a pesar de que con anterioridad actuó en forma dolosa o culposa para realizar la conducta.

Esto lo reconoce el Código Penal Español en su artículo 20, 1º, para el trastorno mental transitorio y el mismo artículo 2º, estado de intoxicación plena. Estos no eximirán de pena cuando hubiesen sido provocados por el sujeto con el propósito de cometer el delito o cuando aquel hubiera previsto su comisión.

El hecho penalmente relevante se desarrolla en dos fases: la primera en la cual el sujeto dirige su acción a provocar la ausencia de un elemento esencial del delito; y la segunda, lesiona o pone en peligro un bien jurídico concreto.

Uno de los principales problemas que plantea Actio libera in causa en este sentido es el que corresponde a la peligrosidad, esto es a castigar al sujeto por una actuación inicial que en sí misma no constituye delito. Es decir, que si A ha pensado en matar a B y para ello decide que ha de embriagarse para poder llevar a cabo esta conducta, y efectivamente vulnera el bien jurídico, dentro de la Actio libera in causa, A sería responsable de la comisión de esta conducta en el momento en que preordeno su libertad para hacerlo.

11 JOSHI JUBERT, Ujala. La Doctrina de la "Actio libera in Causa". Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Página 72 J.M Bosch Editores S.A.. 1992. Barcelona - España

12 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. VII edición. Página 209. IBdef. 2004.

Pero consideramos que se presentan varios interrogantes: Como se calificaría la conducta de A, a pesar de haberse predeterminado a la realización de una conducta delictiva, que no puedo realizar por cualquier circunstancia? Entonces ¿podríamos decir que A es sujeto activo de una conducta que no se realizó teniendo en cuenta que el elemento antecedente de la conducta es lo que determina la responsabilidad, por el solo hecho de haber pensado dolosamente en su realización?

Consideramos que la teoría planteada por Joshi desborda el sentido y contenido de la Actio libera in causa, al remitirla a todos los elementos del delito, pues, en relación con la antijuridicidad, representada en el estado de necesidad o en la misma legítima defensa, así como en las teorías del error, o en la misma culpa, tal como lo plantea el autor, ya que estos institutos se encuentran claramente definidos desde el punto de vista dogmático y práctico, veamos porque:

Joshi plantea que es posible provocar una legítima defensa como en el caso de que A quiera matar a B y éste se encuentra con la mujer de A y espera que A llegue con un arma y le dispare, pero como ya ha previsto esto, lo mata primero. Plantea la provocación del miedo insuperable por ejemplo cuando A propicia la situación de salvar a B o a su hijo y salva a su hijo a pesar de que era un mal menor. Plantea la provocación de error de tipo, como cuando A y B van a cazar juntos y A mata a B en vez de al jabalí. Igualmente, plantea el error de prohibición, como cuando A pudiéndose informar con anterioridad a la hora señalada para cerrar su establecimiento, no lo hace y por lo tanto permanece con su establecimiento abierto en un sitio solitario y sin teléfono. Por último considera que hay provocación de una imputabilidad disminuida cuando A bebe que su estado de embria-

guez le impide escalar una montaña y salvar a B como tenía la obligación de hacerlo.

En todas estas circunstancias, consideramos que en los supuestos de la legítima defensa, el error de tipo, en la forma como han sido planteados, no requiere que sean llevados al Actio libera in causa de esta manera tan reforzada, porque tal como se aprecia en estos ejemplos no se trata ni de una legítima defensa, ni de un error de tipo, sino de un delito de homicidio previamente planeado como parte de las etapas del Inter- criminis y eminentemente dolosos, por lo cual consideramos que trasladar estas situaciones al Actio libera in causa está fuera de la esencia de este instituto.

En relación con los presupuestos en que el autor plantea el miedo, el error de prohibición, o la provocación de una imputabilidad disminuida, igualmente, se considera que no es viable trasladar estos institutos a la Actio libera in causa, por cuanto en la forma como están planteadas, hacen parte de su propia esencia y naturaleza y no es necesario reforzarlos en otra institución.

Se Considera que la teoría de Hruschka en cuanto que esta institución es más compatible con la naturaleza de la Actio libera in causa, por cuanto debe aplicarse los casos de provocación dolosa de la propia inimputabilidad, siempre que ésta se excluya totalmente. Desde esta perspectiva ni el llamado Actio libera in causa imprudente, ni la provocación de la ausencia de otras categorías del delito, tienen nada que ver con la problemática de la Actio libera in causa.

En este sentido se ha planteado la Actio libera in causa como aquellas situaciones en virtud de las cuales el sujeto ataca o pone en peligro un bien jurídico siendo inimputable o faltándole la capacidad de acción, habiendo

él mismo provocado en un tiempo anterior que en este estado defectuoso de ausencia de imputabilidad o de acción, lesionaría o pondría en peligro un bien jurídico.

Se presentan dos situaciones: A, provoca su estado de inimputabilidad o inacción, o bien para delinquir posteriormente o con la previsión de que delinquirá posteriormente; y A, en estado de inimputabilidad o de inacción provocadas ataca el bien jurídico. Al respecto se presentan dos alternativas: permitir la impunidad a partir del hecho que el sujeto en el momento de lesionar el bien jurídico no era culpable; o defender la punición sobre criterios de política criminal.

Surge aquí un nuevo cuestionamiento: ¿el estado de inimputabilidad en términos generales, tiene como consecuencia la impunidad? ¿Qué son, entonces, las medidas de aseguramiento para los inimputables? ¿es viable que a un sujeto que lesiono un bien jurídico, habiéndose preordenado previamente se le pueda dar el mismo tratamiento que a un inimputable transitorio?

En principio consideramos que no puede reducirse la Actio libera in causa a criterios de política criminal y en detrimento del principio de culpabilidad, pues, a nuestro entender deben prevalecer los presupuestos de la culpabilidad por sobre la política criminal y reconocerse el hecho de que la conducta no fue realizada en forma conciente.

Si se aplican criterios de política criminal en este aspecto que determinan el factor precedente de la voluntad a la vulneración del bien jurídico, se estaría aceptando que la persona es responsable de la realización de la conducta delictiva, solamente a partir de esta etapa precedente en la cual el sujeto en forma dolosa quiere atacar el bien jurídico, sin necesidad de tener en cuenta el resultado.

Si A, quiere matar a B y se embriaga para hacerlo y llegado el momento no lo hace, entonces según estos criterios se estaría condenado la peligrosidad del sujeto, más no la comisión de una conducta delictiva.

Por otra parte, consideramos que al sujeto que no tiene voluntad en el momento de vulnerar el bien jurídico se le debe dar un tratamiento equivalente al de una persona en estado de trastorno mental transitorio, es decir, que en el momento de la realización de la conducta delictiva, el sujeto sufre alteración psicosomática, de tan profunda intensidad y por tal motivo convulsionador de las esferas intelectual, volitiva o afectiva que le impide darse cuenta de la ilicitud de su conducta o determinarse conforme a dicha comprensión. Puede tratarse de una anomalía biosíquica ubicada dentro de la sintomatología clínica propia de una verdadera psicosis, de una grave forma de psicopatía o de una compleja modalidad siconeurotica; pero también es posible que una excepcional y honda, aunque pasajera conmoción emotiva que obnubila la conciencia o una también transitoria pero igualmente profunda alteración del intelecto y de la volición generadas por ingestión de bebidas embriagantes o de sustancias narcóticas o estupefacientes. Cuando se trata del consumo de bebidas o sustancias el trastorno mental puede ser permanente si su asidua y prolongada ingestión ocasiona intoxicación crónica o pasajeras cuando en breve términos se han ingerido dosis excesivas o cuando un consumo aún normal de licor ha convulsionado el sistema nervioso central de una personalidad ya predispuesta, como ocurre en la llamada ebriedad patológica. Lo que importa en estos casos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del autor y el nexo cau-

sal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada.

Es evidente que frente a los inimputables no puede predicarse dolo o culpa con el cual pudieron haber procedido pues el aspecto positivo de la culpabilidad exige claridad de conciencia y libre autodeterminación. De una parte porque si el dolo es la realización del hecho típicamente antijurídico querido y sabido por el agente no puede hablarse de esta manifestación de la culpabilidad respecto de quien no está en condiciones de comprender o de determinarse adecuadamente y con relación a la culpa debe hacerse similar planteamiento porque aunque en el delito doloso el sujeto no quiere la realización del resultado dañoso debe conocer la conducta imprudente, imperita o negligente.

Consideramos importante resaltar que la conducta realizada por un sujeto en estado de inconciencia por carecer de los aspectos cognitivo y volitivo al momento de su ejecución, a pesar de haberse preordenado, no niega el hecho de que el autor no es conciente de su actuar, pero especialmente, de que el sujeto, preordenado o no, no puede comprender su ilicitud y aún, en caso de preordenarse, no solo no puede comprender su ilicitud, sino mucho menos realizar el juicio mental en virtud del cual para cometer el ilícito, con anterioridad, se encontraba en un estado mental normal.

Desde esta perspectiva consideramos que no se puede plantear ni siquiera la posibilidad de un nexo causal, donde no existe, porque si se analiza con claridad no se puede generar dicho nexo entre un pensamiento mental cuando el agente se encuentra con plenas facultades y la realización de una conducta típica en estado de trastorno mental por parte del sujeto.

No obstante, los defensores de los modelos de excepción consideran que la Actio libera in causa debe castigarse a pesar de que se contraríen las reglas generales de la imputación. Consideran que no es necesario que injusto y culpabilidad coincidan temporalmente. Es necesario responsabilizar al sujeto por la acción que de forma más inmediata ha producido la lesión del bien jurídico, a pesar de que ésta haya sido resultado de un comportamiento no culpable.

Esto es posible para estos autores a partir de una reducción teleológica del principio de coincidencia, es decir reducir los preceptos penales que expresan el principio de coincidencia entre injusto y culpabilidad en la medida en que la inimputabilidad sea tomada en cuenta como tal, sino que se de aplicación a la punibilidad en general. Otros doctrinantes consideran que la excepción debe hacerse desde la perspectiva de la analogía contra reo, para justificar la situación excepcional; igualmente, hay quienes plantean simplemente que esta situación la defina la norma o por autora mediata.

5. La concepción peligrosista de la Actio libera in causa

Estos modelos de excepción, anticipación, o subrogación de responsabilidad en los cuales se debe responsabilizar al sujeto cuando en el momento de la realización de la conducta se encontraba en condiciones de inimputabilidad corresponden a la escuela positivista del derecho, para los cuales el fin de la pena no es la intimidación, ni la expiación, ni la retribución moral o jurídica, sino la defensa de la sociedad. Esta defensa debe ejercerse preventiva y represivamente. Prevención y represión son dos momentos de la misma defensa social. La ley penal debe cumplir esta función defensiva. El daño inferido a cualquier ciudadano se mira como lesión a todo

el conjunto y en consecuencia, el acto individual, adquiere un carácter sociológico, esto es, que el delito aparece como fenómeno social. Es así como por ejemplo para Enrico Ferri, uno de los aspectos fundamentales para el positivismo, es la “defensa social como razón de la justicia punitiva”¹³

Para Ferri

“La función penal por al cual el Estado hace al individuo responsable del delito cometido por él, es la expresión y el efecto de una doble necesidad natural: de un lado, preservar a la colectividad de todas las formas inhumanas de la criminalidad, y de otro, defender a una parte de la colectividad, la clase dominante”¹⁴”

La teoría peligrosista tiene un primer exponente en Romagnosi¹⁵

“Al deducir la común spinta criminosa de los hechos conocidos y que de ordinario suelen ocurrir en determinado pueblo, pretendemos realmente encontrar el impulso futuro, por medio del cual se puede prever con verosimilitud que serán violados los deberes sociales. Por consiguiente, el impulso criminoso que tiene en

cuenta el legislador no consiste en un hecho acaecido, sino en algo que se presume ocurrirá en el futuro. De allí que dicho impulso debe considerarse siempre como presuntivo.”

Para Jeremias Bentham¹⁶, la administración pública debe satisfacer cuatro objetivos: la subsistencia, la abundancia, la seguridad y la igualdad. De los cuales, el más importante es la seguridad. La seguridad por abarcar lo futuro es el objetivo preeminente. El objeto de las penas es la seguridad general. Pero la seguridad salvaguarda específicamente la propiedad.

“la pena medio vil de por si, , que repugna a todos los sentimientos generosos, se eleva hasta ocupar el primer rango de los servicios públicos, cuando se la considera, no como un acto de cólera, y de venganza contra el culpable o infortunado, que se deja arrastrar por impulsos malvados, sino como un sacrificio indispensable para la salud común”.

Considera que existen además otros medios preventivos contra el delito, además de la pena.

Las teorías peligrositas del derecho penal conducen a prácticas negadoras del derecho y de la libertad. Es una medida rígida y circunscrita a asegurar la punibilidad a partir de la peligrosidad social del imputado, en cuanto a las formas y circunstancias del hecho. El esfuerzo de la doctrina por impedir que una conducta que vulnera un bien jurídico quede impune no puede trasladarse a la imputación delictiva sobre hechos antecedentes a la lesión del bien jurídico.

13 PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal. Tomo I. TEMIS. Pág. 139.

14 PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal. Tomo I. TEMIS. Pág. 141

15 PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal. Tomo I. TEMIS. Pág. 122. Respecto a la índole social de la spinta y la cotropinta, lo expone así Romagnosi: “examinando los puntos ya expuestos, encontramos que el magisterio penal, deducido de la consideración del impulso criminal, no es precisamente el que deriva de la cualidad y calidad excogitables, sea de las incitaciones, del deseo, propias de determinado pueblo, suponiendo la debida conciencia, ya de la mayor o menor facilidad con que, según se sabe, se puede satisfacerlo; ya, finalmente, de la mayor o menor esperanza presuntiva de evitar la pena conminada. En esta forma, el impulso surge como resultado del deseo de la posibilidad de satisfacerlo y de la esperanza de la impunidad, pero siempre considerando como primario el acostumbrado y conocido desarrollo de las cosas y de los hombres, y como secundario el desarrollo insólito o puramente accidental, y presumiendo al debida conciencia”.

16 PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal. Tomo I. TEMIS. Página. 123

6. La esencia de la responsabilidad

Para Raúl Goldstein¹⁷, la responsabilidad del preordenador de su propia inimputabilidad

“descansa no en la consideración de la actividad u omisión consumativa del delito, sino en la consideración de la causa de esta actividad u omisión libremente puesta por el auto, que luego, al consumarse, la infracción, carece de dicha libertad. Lo que el agente crea libremente, mediante un acto intencional o imprudente en su estado de no imputabilidad que, a su vez, es causa de su obrar u omitir delictivo”. De esta manera, el concepto de la actio liberae in causa, se refiere a una acción en dos grados: el resultado es atribuible en dos actos ligados por una relación de causalidad, el primero de los cuales es libre, según las reglas de la imputabilidad.

Pero Manzini da las razones para atribuir el resultado bajo la situación de inimputabilidad:

“nadie duda que quien coloca una bomba con mecanismo de tiempo que la haga estallar después de muchas horas, cuando ya el delincuente este lejos y eventualmente en un estado transitorio de inconciencia absoluta, es imputable a titulo de dolo, pues dolosamente ejecuto el delito, sirviéndose de una fuerza mecánica impersonal, puesta en acción por el. Igualmente están todos de acuerdo en reconocer la imputabilidad del instigador o del sugestionador que sirve de un hombre, conciente o no para cometer el delito”.

La situación de inimputabilidad no se reconoce cuando: una voluntad inicial, es la causa libre y conciente para realizar deter-

minada conducta criminosa, en ese instante dice Carrara¹⁸

“se radica la imputación sobre el; lo que sucede después es consecuencia de su hecho doloso (o culposo debe agregarse). No se computa lo que hizo el ebrio sino lo que hizo el hombre de sano juicio al que se atribuye el delito como causa única”.

Cuando el trastorno mental haga perder la capacidad de entender la ilicitud de la conducta que derive de la voluntad de perder esa capacidad; y el resultado incluye la tentativa y la culpabilidad.

Consideramos que si se parte de la concepción dogmática, la Actio libera in causa carece de fundamento por cuanto para que se presente la antijuridicidad se requiere un juicio de desvalor que le indique al sujeto que la conducta vulnera o pone en peligro un bien jurídico, y que en materia de culpabilidad debe actuar con dolo o culpa. Desde esta perspectiva la preordenación de la actuación ilícita para endilgar responsabilidad, no se podría plantear a partir de la dogmática.

Si el sujeto responde por realizar una acción típica, antijurídica y culpable, no pueden trasladarse estos presupuestos a una acción precedente, porque si esto es así, el hecho típico, antijurídico y culpable recae sobre la idea que tiene el sujeto de vulnerar o poner en peligro un bien jurídico, pero no sobre la conducta misma.

No obstante, la mayoría de posiciones doctrinales consideran que como la acción se realiza en estado de inculpabilidad no es libre en ese momento, pero es “libre en su cau-

17 GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1978. pagina 24

18 CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General, Volumen I, pagina 233. Editorial Temis S.A. Bogota. 1988

sa” la culpabilidad se traslada a un momento precedente.

Desde el punto de vista causalista, en ese momento previo se puede encontrar la intención de colocarse en inculpabilidad, o bien la voluntad de alcanzar la inculpabilidad, aún a costa de la realización de la conducta, por lo con esta posición doctrinal se plantea la responsabilidad dolosa por dolo directo o eventual.

Por otra parte se plantea también la actio libera in causa culposa cuando en la conducta precedente el sujeto haya previsto la posibilidad de la conducta típica. Desde esta perspectiva se podría hablar de la autoría mediata, en donde el sujeto mismo se usaría como instrumento para la comisión del hecho. Beling¹⁹ expresaba que la esencia de la acción mediata aclara la comprensión de la Actio libera in causa:

“Aquí el propio cuerpo es el que desempeña el papel de instrumento. La primera acción (o sea el procurarse tal estado) sería por ello típica (matar, etc.) y dándose las demás condiciones de punibilidad, particularmente el dolo o la imprudencia, es punible”

Ante la claridad aparentemente meridiana, esta teoría resulta aceptada por la gran mayoría de la doctrina.

Zaffaroni²⁰, hace una crítica de la teoría de las “*acciones liberae in causa*”. Considera que a pesar de la aparente coherencia de la teoría del Actio libera in causa, hay una falla de razonamiento que la hace caer por su propia base. Quienes defienden esta teoría reconocen que se produce un problema de tipicidad

porque no es necesario que libre, en estado de imputabilidad sea cumplida la acción ejecutiva del delito; basta que imputable y culpable haya sido la acción que fue causa de la conducta ejecutiva. Esto demuestra que la teoría de la Actio libera in causa, no solo extiende la culpabilidad a una conducta anterior a la conducta típica, sino que la extiende, también, a la conducta de procurarse la inculpabilidad. Al no admitirse que la que Actio libera in causa extiende la tipicidad a la conducta de procurarse la inculpabilidad la teoría queda sin base porque no hay dolo sin tipicidad objetiva dentro de la concepción finalista; y no hay dolo sin tipicidad dentro de la concepción causalista.

Para el autor la teoría de Actio libera in causa no puede explicarse por ninguna de las teorías dominantes en el derecho penal. La incoherencia básica de la teoría de Actio libera in causa, radica en que quiere reprochar un injusto típico con la culpabilidad de una conducta puesta en inculpabilidad y a tribuir como dolo lo que no es más que un elemento del ánimo. En realidad la sanción opera por haberse incapacitado voluntariamente y la condición del hecho considerado como único prohibido, es la condición necesaria que la ley requiere para castigar esa acción cuando aquel hecho es por lo menos previsible y reprochable.

Esta incoherencia de penar dolosamente la conducta del que por ejemplo, se embriaga con la intención de cometer un ilícito en ese estado, o viola el principio de legalidad o el principio de culpabilidad.

En síntesis para Zaffaroni,

“la teoría de la Actio libera in causa no puede ser tomada en cuenta en la dogmática contemporánea, porque no puede fundar la responsabilidad dolosa en razón de que al hacerlo viola

19 Beling, Esquema del Derecho Penal. Trad. De Sebastián Soler.

20 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General III. Ediar. Buenos Aires 1981. página 438.

el principio de culpabilidad o el de legalidad, y porque tampoco sirve para fundamentar la tipicidad culposa porque en tales supuestos, ésta se hace efectiva conforme a los principios generales de la culpa, ni tampoco es útil a los efectos de la punición de los delitos en que el incapacitarse para cometerlos, ya es un acto de tentativa puesto que en ellos rigen las reglas generales de la tipicidad dolosa”.

Quizá en algún ejemplo aislado, comenta el autor, pueda llegarse a pensar en un supuesto de tipicidad activa dolosa, en que el sujeto de incapacite voluntariamente, lo que podrá ocurrir en casos tan extremos en que la intoxicación o incapacitación se reActio libera in causa en con un verdadero dominio del hecho que permita considerar típica la propia conducta de incapacitarse.

7. La Actio libera in causa en el Código Penal Español

Está consagrada en el inciso segundo del numeral 1 del artículo 20 que estipula que

“El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”²¹

Ni el trastorno mental, ni la embriaguez pre-determinados por el autor, atenúan ni eximen al autor de su responsabilidad. Además tampoco lo exime por cometer una imprudencia inicial al sujeto que se embriaga, sabiendo que al hacerlo podrá en peligro bienes jurídicos. Además existe relación entre la embriaguez y los resultados lesivos producidos; argumento éste que corresponde a la doctrina de la anticipación, es decir, la relación de causalidad entre la Acción precedente te y

la Actio libera in causa. Lo que determina la responsabilidad del sujeto es la presencia de dolo o imprudencia en el momento inicial.

8. La Actio libera in causa en la legislación colombiana

El código Penal Colombiano²² se refiere a esta figura jurídica en el inciso 2 del artículo 33 cuando dice *“No será imputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental”*.

El planteamiento jurídico que se deriva de esta norma se refiere únicamente a la preordenación del sujeto frente al trastorno mental, es decir, que su ámbito de aplicación gira, solamente, entorno a la acción dolosa de la preordenación, pero no respecto de al culpa, como si sucede en al legislación Española.

Sobre este aspecto en particular consideramos que la culpa no puede ser preordenada. Una cosa es prever una situación determinada y a pesar de ello realizarla y otra muy diferente es tener la voluntad para realizar una determinada conducta y preordenarse para ello. En el primer caso no se quiere la realización de la conducta, pero por imprudencia o negligencia se vulnera un bien, lo cual hace parte de los presupuestos de la culpa. En el segundo caso, el sujeto tiene la voluntad y el querer de realizar una conducta ilícita, es decir que en forma consciente quiere su realización y aún así, consideramos que el sujeto al momento de la comisión del delito no era consciente de sus actos y por ello no puede trasladarse los presupuestos configurativos del ilícito a un querer precedente.

El código penal colombiano al referirse únicamente a la preordenación del trastorno mental, excluye la posibilidad de la culpa en

21 MUÑOZ CONDE, Francisco. CODIGO PENAL. Derecho Vigente en Tiempo Real. Códigos Ariel Tercera edición. Página 26.

22 Regimen Penal Colombiano. Legis Editores S.A, página 56.

esta institución penal y se remite a la culpabilidad anticipada en cuanto que el querer del agente y en consecuencia su culpabilidad es de carácter precedente.

9. Referencias

- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. VII edición
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Segunda Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 1999. Página 107.
- ROXIN, Claus. Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Edita: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1981. Página 57
- OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S:R:L, República de Argentina. 1981
- BELLATI, Carlos Alberto. Inimputabilidad provocada por el Agente. La Doctrina de la Actio Libera in Causa. Julio de 2000
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General, Volumen I, pagina 234. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1988
- CORDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y pena. Bosch. Casa Editorial S.A. Urgel, 51 bis Barcelona. 1977
- NUÑEZ, Ricardo C. Actio Liberae in causa, en *"Enciclopedia Jurídica Omeba"* T. I, Buenos Aires 1954.
- VENDITTI, Rodolfo. Actio liberae in causa. *"Enciclopedia del Diritto"*, Giuffrè, editore", 1958
- MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Madrid, Edit Revista de Derecho Privado. Tomo II, 1946.
- JOSHI JUBERT, Ujala. La Doctrina de la "Actio libera in Causa". Ausencia de acción o inimputabilidad provocada por el sujeto. J.M Bosch Editores S.A. 1992. Barcelona - España
- GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1978.
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General, Volumen I, pagina 233. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1988
- BELING, Esquema del Derecho Penal. Trad. De Sebastián Soler.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General III. Ediar. Buenos Aires 1981.
- Código Penal Español. Francisco Muñoz Conde. Códigos Ariel. 2.002.
- Régimen Penal Colombiano. Legis Editores S.A,

